

# VU Research Portal

## Case note: Hoge Raad (Oriëntatiepunten strafftoemeting II)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Oriëntatiepunten strafftoemeting II)*, No. 364, May 27, 2014. (Nederlandse jurisprudentie).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

M.J. Borgers

1. De oriëntatiepunten voor straftoemeting, zoals opgesteld door – wat tegenwoordig heet – het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht, zijn geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO, zo herhaalt de Hoge Raad in het hierboven afgedrukte arrest. De Hoge Raad kan (en mag) derhalve niet toetsen of de straf-toemetingsbeslissing van de feitenrechter in overeenstemming is met de voor het delict van veroorde-ling relevante oriëntatiepunten. Wel kunnen, zo volgt uit HR 29 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP2745, *NJ* 2011/410, de oriëntatiepunten zijdelings van belang zijn wanneer in cassatie wordt geklaagd over het niet of onvoldoende responderen op een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Wanneer de verdediging een straftoemetingsverweer voert waarin wordt ingegaan op de relevantie van bepaalde oriëntatiepun-ten voor de beslissing in de voorliggende zaak en dat verweer voldoet aan de aan een uitdrukkelijk on-derbouwd standpunt te stellen eisen, geldt – bij het passeren van dat verweer – de motiveringsverplich-ting van de tweede volzin van artikel 359 lid 2 Sv. De Hoge Raad zal dan beoordelen of de respons van de feitenrechter toereikend en begrijpelijk is.

2. In de hierboven afgedrukte zaak wordt erover geklaagd dat het gerechtshof de verwerping van het aan de hand van de oriëntatiepunten voor winkeldiefstallen ingeklede strafmaatverweer ontoereikend heeft gemotiveerd en dat daarmee (in het bijzonder) de responsieplicht van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv is geschonden. A-G Hartevelt acht die klacht gegrond, omdat het gerechtshof tot een wezen-lijke andere uitkomst – lees: een beduidend zwaardere straf – is gekomen dan door de raadsman is be-pleit en het gerechtshof niet helder uiteen heeft gezet waarom de door de raadsman gebezigde argu-mentatie geen hout zou snijden. De Hoge Raad komt in rov. 3.6 tot een andere slotsom met een – in het licht van de aangevoerde cassatieklacht – tamelijk lastig te volgen redenering. De Hoge Raad leest eerst iets in de motivering van het gerechtshof dat daar niet (expliciet) in staat – namelijk dat het gerechtshof rekening heeft gehouden met de oriëntatiepunten –, vervolgens licht de Hoge Raad enkele passages uit de strafmaatoverwegingen van het gerechtshof en tot slot stelt de Hoge Raad vast dat de raadsman en het gerechtshof het eigenlijk op een – in het licht van de relevante oriëntatiepunten – niet onbelangrijk punt met elkaar eens zijn.

Hoe moet deze overweging worden geduid? Zegt de Hoge Raad hier – optie 1 – dat de argumen-ten van de raadsman door het gerechtshof zijn gehoord en dat het gerechtshof eigenlijk slechts in gerin-ge mate is afgeweken van het door de raadsman ingenomen standpunt? Dat valt echter in zoverre moei-lijk vol te houden dat het gerechtshof een aanmerkelijk zwaardere straf heeft opgelegd dan door de raadsman is bepleit. Moet de overweging van de Hoge Raad zo worden begrepen – optie 2 – dat uit de strafmotivering van het gerechtshof met enige goede wil valt af te leiden waarom het gerechtshof het standpunt van de raadsman niet heeft gevolgd? Maar dan is weer opmerkelijk dat de Hoge Raad er het accent legt op dat het oordeel van het gerechtshof op een belangrijk onderdeel zou aansluiten bij het betoog van de raadsman. Gaat het erom – optie 3 – dat het verweer van de raadsman, anders dan A-G

Harteveld betoogt, niet kwalificeert als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt, zodat de Hoge Raad zich heeft beperkt tot een globaal oordeel omtrent de begrijpelijkheid van de strafmotivering? Opvallend is echter wel dat rov. 2.6 juist is toegesneden op het door de raadsman centraal gestelde punt, namelijk de mate van recidive. Of wil de Hoge Raad – optie 4 – hier tussen de regels door duidelijk maken dat het gerechtshof zich in voldoende mate de relevante oriëntatiepunten heeft aangetrokken en dat er om die reden – wat er verder ook van de reactie op het verweer zij – geen aanleiding is om tot cassatie over te gaan? Dat impliceert dan dat de Hoge Raad verder is gegaan dan het beoordelen van de begrijpelijkheid van de strafmotivering en is overgegaan tot een inhoudelijke toetsing van de straftoematingsbeslissing aan de – niet als recht in de zin van artikel 79 Wet RO geldende – oriëntatiepunten.

3. Voor een nadere duiding van rov. 2.6 van de Hoge Raad is het nuttig de zaak meer in detail te bekijken. Het draait om een veroordeling wegens de diefstal van een bamischotel uit een supermarkt. De verdachte is reeds vaker – volgens de raadsman ‘meer dan tienmaal al dan niet onherroepelijk’ – veroordeeld voor winkeldiefstal. Voor winkeldiefstallen hanteren de oriëntatiepunten – in zowel de toentertijd als de thans geldende versie – in feite een driedeling. Als basis-strafmaat wordt een geldboete van € 200 euro genoemd. In geval van ‘recidive’ is de strafmaat eenzelfde geldboete plus een week voorwaardelijke gevangenisstraf, terwijl voor ‘frequente recidive’ een maand onvoorwaardelijke gevangenisstraf wordt genoemd. Het verweer van de raadsman strekt ertoe dat er geen sprake is van ‘frequente recidive’: weliswaar zijn er meer dan tien veroordelingen, maar daarvan stammen er geen – en dus ook niet vijf – uit de afgelopen twee jaar. Gelet op de definitie van ‘frequente recidive’ in de oriëntatiepunten, valt daar geen speld tussen te krijgen. Het gevolg zou moeten zijn, zo vervolgt het verweer, dat de strafmaat wordt gehanteerd die de oriëntatiepunten noemen voor ‘recidive’.

Het gerechtshof reageert op dit verweer met de overweging dat uit het gegeven dat niet aan het vereiste van vijf veroordelingen in de laatste twee jaar wordt voldaan, niet volgt dat de verdachte zou moeten worden aangemerkt als ‘first offender’ (voor wie de basis-strafmaat in de oriëntatiepunten geldt). Ook daar valt geen speld tussen te krijgen. Maar een helder antwoord op het verweer van de raadsman is het natuurlijk niet, want het verweer luidde niet dat de verdachte als ‘first offender’ zou moeten worden gezien. In zoverre hangt de overweging van het gerechtshof in de lucht. Tegelijkertijd laat het gerechtshof niet blijken de verdachte als een frequente recidivist te beschouwen. Het gerechtshof spreekt van ‘verdachtes recidive’, zij het zonder daarbij een koppeling te maken met de driedeling van de oriëntatiepunten. Dit laat de mogelijkheid open dat het gerechtshof het eens is met de raadsman voor zover het gaat om het indelen van de verdachte in de categorie ‘recidive’, maar alleen op basis van de tekst van de strafmotivering is het niet klip en klaar dat het gerechtshof voor dat anker is gaan liggen.

Het oordeel van het gerechtshof laat zich makkelijker duiden wanneer men kijkt naar de opgelegde straf: een gevangenisstraf van drie weken, waarvan twee weken voorwaardelijk. Die strafmaat ligt boven hetgeen in de oriëntatiepunten is genoteerd voor ‘recidive’ (een geldboete en een week voorwaardelijke gevangenisstraf), maar onder hetgeen wordt opgegeven voor ‘frequente recidive’ (een maand onvoorwaardelijk). Bedacht moet worden dat de categorie ‘recidive’ in de oriëntatiepunten niet nauwkeurig is afgebakend. Hieronder kan niet alleen het geval worden begrepen waarin de verdachte slechts eenmaal eerder onherroepelijk is veroordeeld, maar ook de situatie waarin net niet aan de definitie van ‘frequente recidive’ wordt voldaan maar de verdachte wel een stevig *track record* heeft ter zake van winkeldiefstallen. Daar komt bij dat de oriëntatiepunten geen strakke normering voor de straf-

toematingsbeslissing verschaffen, maar veeleer een startpunt bieden bij het bepalen van de strafmaat in het concrete geval (vgl. ook onderdeel 2 van de noot onder HR 29 maart 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO6702, *NJ* 2011/411). Zo bezien is de door het gerechtshof genomen sanctiebeslissing – waarvan het onvoorwaardelijke deel een week en (dus lang) geen maand omvat – prima te rijmen met de oriëntatiepunten en daarmee geenszins onbegrijpelijk. De eigenlijke, onuitgesproken respons op het verweer van de raadsman lijkt dan ook te luiden dat het klopt dat de verdachte in de categorie ‘recidive’ moet worden geschaard, maar dat daaruit niet automatisch volgt dat de concreet op te leggen straf overeen moet komen met of heel dicht aan moet liggen tegen de in de oriëntatiepunten genoemde strafmaat. Gelet op het strafblad van de verdachte is een straf die ligt tussen de voor recidive en frequente recidive als oriëntatiepunt genoemde strafmaten, passend.

4. Alle opties, zoals die onder 2 zijn genoemd, lijken dus een kern van waarheid te bevatten: de door de raadsman aangedragen argumenten zijn niet volledig miskend door het gerechtshof; met enige goede wil kan in de beslissing van het gerechtshof worden ontwaard waarom het verweer geen doel treft; het verweer van de raadsman was raak waar het ging om de indeling die in de oriëntatiepunten wordt gehanteerd, maar onderkende in onvoldoende mate dat in de oriëntatiepunten (niet meer dan) een uitgangspunt voor de bestraffing wordt aangereikt en dat de op te leggen straf nog op maat van het concrete geval moet worden gesneden; en de Hoge Raad heeft vermoedelijk – inhoudelijk – gekeken hoe de concrete sanctiebeslissing van het gerechtshof zich verhoudt tot de oriëntatiepunten. Tegelijkertijd blijft het gissen welke optie of opties de Hoge Raad zelf voor ogen heeft gehad.

Een andere uitkomst van deze zaak in cassatie zou zeker een haalbare kaart zijn geweest. Want hoewel het verweer niet tot drie cijfers achter de komma is uitgewerkt, zou het niet onredelijk zijn geweest om het verweer te kwalificeren als uitdrukkelijk onderbouwd standpunt. Een helder antwoord op dat standpunt is uitgebleven, zodat – in lijn met de conclusie van A-G Hartevelt – zonder veel omhaal van woorden had kunnen worden gecasseerd vanwege schending van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv. Nu heeft de Hoge Raad in rov. 2.6 tweemaal het woord ‘kennelijk’ nodig om een toereikende motivering in de strafmaatoverweging van het gerechtshof te construeren, en dan nog is het niet geheel duidelijk welke redenering hij het gerechtshof wil toedichten.

Misschien is het ook niet zo relevant wat men nu precies in rov. 2.6 moet lezen. Veeleer lijkt de beslissing om het cassatiemiddel te verwerpen te zijn ingegeven door het gegeven dat de verdachte onvoldoende belang heeft bij zijn cassatieberoep. Want juist in het licht van de door hem ingeroepen oriëntatiepunten is de uiteindelijke sanctiebeslissing alleszins te billijken. Het is dat door de onduidelijke reactie van het gerechtshof niet kan worden gezegd dat de verdachte *klaarblijkelijk* onvoldoende belang bij het cassatieberoep had, anders was toepassing van artikel 80a Wet RO wellicht nog in beeld gekomen. Al zou de verklaring voor het niet toepassen van artikel 80a Wet RO ook kunnen worden gevonden in het feit dat A-G Hartevelt in deze zaak wel tot cassatie heeft geconcludeerd.

5. Mocht mijn inschatting juist zijn dat de crux van de beslissing is gelegen in het gebrek aan belang bij het cassatieberoep, dan rijst de vraag waarom de Hoge Raad dat niet gewoon heeft opgeschreven. Wellicht heeft de Hoge Raad niet willen opschrijven dat bij vernietiging en terug- of verwijzing geen wezenlijk andere uitkomst zou zijn te verwachten, omdat de straftoematingsbeslissing bij uitstek toekomt aan de feitenrechter en de cassatierechter dus op afstand moet blijven. Mogelijk is de Hoge Raad er be-

vreesd voor geweest de indruk te wekken de oriëntatiepunten voor de straftoemeting toch als normatief kader te hanteren, hetgeen zich lastig zou laten verenigen met het gegeven dat die oriëntatiepunten geen recht in de zin van artikel 79 Wet RO vormen. Aarzelingen van deze strekking – zo die zich hebben voorgedaan – zijn niet onbegrijpelijk, maar de Hoge Raad had zich er misschien niet door moeten laten weerhouden om duidelijker aan te geven waarom het cassatieberoep niet slaagt. Ook al gelden de oriëntatiepunten – terecht – niet als rechtsregels, deze verschaffen wel een adequaat beeld van een binnen de bestaande praktijk gangbare, min of meer gemiddelde strafmaat. En dan is er weinig op tegen om die oriëntatiepunten te gebruiken als (hulp)middel bij de beoordeling of er sprake is van een dusdanige schending van een vormvoorschrift dat vernietiging – en dus een nieuwe feitelijke behandeling – is aangewezen. Zou de Hoge Raad zijn arrest langs die lijn hebben ingekleed, dan had dat in elk geval tot een meer inzichtelijke redenering geleid dan thans in rov. 2.6 is neergelegd.